



Roj: STS 4089/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100448  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 76/2011  
Nº de Resolución: 419/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 76/2011 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D.ª Adela , aquí representada por la procuradora D.ª Paloma Vallés Tormo, contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 243/2010, por la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 942/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de D. Juan Luis y D.ª Felicidad .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca dictó sentencia de 4 de septiembre de 2009 en el juicio ordinario n.º 942/2007, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»En virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, desestimo la demanda planteada por doña Adela , procesalmente representada por el procurador don Onofre Perelló Alorda, frente a don Juan Luis y doña Felicidad , ambos representados por la procuradora doña María Llasera Jiménez, absolviendo a estos de las pretensiones contenidas en aquella.

»Desestimo la demanda reconvenicional instada por don Juan Luis y doña Felicidad , ambos representados por la procuradora doña María Llasera Jiménez, frente a doña Adela , procesalmente representada por el procurador don Onofre Perelló Alorda, de forma que absuelvo a esta de las pretensiones contenidas en la demanda reconvenicional.

»Respecto de las costas causadas, impongo a la actora principal las causadas por la demanda principal e impongo a los demandantes reconvenicionales las ocasionadas por la reconvenición.»

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Partiendo de la base de que los litigantes son propietarios de la totalidad del edificio situado en la CALLE000 n.º NUM000 de la ciudad de Palma, al corresponder a cada uno de ellos un piso y un local en dicho inmueble, según se describe en el hecho primero de la demanda y considerando que nunca han sido constituidos los órganos de la comunidad de propietarios según se reconoce en el hecho cuarto de la demanda, acciona la actora ante las obras realizadas por los demandados en el local que les pertenece y sin consentimiento de esta, pues pretenden convertirla en una vivienda entre medianeras, lo que supone la alteración sustancial de las fachadas principal y posterior del edificio. Se denuncia, por consiguiente, la modificación del uso del local prevista en el título constitutivo mediante unas obras que conllevan la alteración de la configuración exterior del edificio y que requerirían el consentimiento unánime de todos de los copropietarios.

Igualmente, es objeto de la demanda y constituye en realidad el núcleo del litigio la pretendida apropiación por los demandados del derecho que otorga la normativa urbanística, al permitir esta la ubicación

de un máximo de tres viviendas en el edificio actual, lo que supone que uno solo de los locales del edificio puede transformarse en vivienda, de forma que habrían actuado aquellos de mala fe y con abuso de derecho al no solicitar autorización al resto de los propietarios y adelantarse a llevar a cabo esas obras, pretendiendo de esta forma acogerse a sus propios hechos consumados.

Se oponen los demandados a las pretensiones de la actora revelando una serie de modificaciones efectuadas por ella en su propio inmueble que afectan a los elementos comunes y, casi todas, al título constitutivo, de forma que entienden que no deben pedir autorización para realizar obras en su **propiedad**. Según consideran los demandados, las obras que describen y que achacan a la demandante vulnerarían los mismos preceptos que basan la demanda y supone que la misma va en contra de sus propios actos, actuando con claro abuso de derecho. Alegan también que la actora ha modificado de hecho el uso del local de su **propiedad**, teniendo en el mismo un salón-comedor con baño completo y una cocina, sin que haya querido legalizar las obras a pesar de que cuentan con una antigüedad superior a treinta años. Por ello, habría prescrito la acción de la demandante para reclamar el cambio de uso del local de su **propiedad** y la imposibilidad de que los demandados ejerciten su derecho.

Reconviene los demandados respecto de las obras realizadas por la actora y que han afectado a elementos comunes, oponiéndose esta al manifestar que se trata de trabajos efectuados en su momento y de común acuerdo por los promotores del edificio.

»Segundo.- Expuestas sucintamente las posturas enfrentadas, procede ya el estudio de la problemática debatida en el litigio, dedicándose este fundamento a la denuncia de cambio de uso del local por parte de los demandados con alteración de los elementos comunes del edificio.

La actora principal reconoce en su demanda que si bien el título constitutivo establece claramente que el local comercial de los demandados está destinado a garaje o cochera, no prohíbe el cambio de uso del mismo, admitiendo que puede efectuarse como facultad propia del derecho de **propiedad**, pero siempre y cuando ello no comporte la modificación de los elementos comunes del edificio. Si se compara esta afirmación con el contenido de la escritura pública de 18 de diciembre de 1987 se comprueba que, efectivamente, no existe prohibición expresa para realizar el cambio de uso de los locales del inmueble. La propia actora principal admitió en juicio que en el local que le pertenece hay una sala, con aseo, cocina y trastero, reconociendo asimismo que no descarta transformar el local en vivienda en el futuro, algo lógico por otra parte, pues en caso contrario el pleito no tendría razón de ser. Por su parte la madre de la anterior, doña Adela , dijo que en las dependencias habilitadas en el local es donde hace la vida, aunque duerme en el piso superior.

Pues bien, la STS de 23 de febrero de 2006 ha señalado que la interpretación en esta materia, en cuanto puede suponer perturbación o menoscabo al derecho de **propiedad**, tiene carácter restrictivo, de modo que el uso y destino de las partes diversas de un edificio que se hacen constar en su título constitutivo y en los estatutos no determina limitación del uso o de las facultades dominicales, porque para lograr ese efecto se precisa una estipulación específica. En este mismo sentido se expresan las SSTs de 6 de febrero de 1989 , de 24 de julio de 1992 , de 21 de abril de 1997 , de 29 de febrero de 2000 y de 30 de mayo de 2001 , entre otras.

La doctrina expuesta revela los criterios jurídicos más aceptados y que parten de la diferenciación entre la atribución que el título constitutivo establezca como uso a algunos elementos privativos y las prohibiciones expresas de determinados usos que ese mismo título o los estatutos de la comunidad determinen. La importancia de tal distinción radica en que la **propiedad** se presume libre y por eso todas las prohibiciones y limitaciones de este derecho deben ser claras, precisas y terminantes, merecedoras de interpretación restrictiva, precisamente, porque conllevan la limitación del derecho de **propiedad**. Así se manifiestan, entre otras, las SSTs de 10 de julio de 1995 , de 31 de mayo y de 25 de octubre de 1996 , así como las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 1986, de 20 de febrero de 1989 y de 23 de marzo de 1998. Esta última resolución es especialmente importante porque trata de la posibilidad de cambio de uso de local a vivienda y afirma que "tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que este sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda **propiedad** o los específicos de la **propiedad horizontal** (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad, artículo 7 *in fine* LPH ). Ciertamente, dicha amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo, dentro del debido respeto a la **ley** ( artículos 5 y 7 *in fine* LPH ); más la exigencia de interpretación estricta de tales límites exige que hayan de ser formulados con claridad y precisión, sin que puedan deducirse, como en el caso debatido de una simple expresión descriptiva, como la de locales de negocio".

La única limitación en estos casos es que el nuevo uso no sea de los especificados en el art. 7.2 de la referida **Ley**, pues entonces la comunidad podrá oponerse a la modificación, pero no cabrá oposición con base en que en el título constitutivo o en los estatutos se atribuya un concreto uso y este cambie, a no ser que en uno u otro documento esté acogida una prohibición expresa referida a ese concreto nuevo uso. Sigue también esta línea la STS de 21 de diciembre de 1993. Por consiguiente, nada se opone a que se haya transformado el uso del local en el propio de una vivienda.

Ahora bien, aduce la demandante principal que ese cambio de uso ha supuesto la alteración de los elementos comunes del edificio, para lo que era preciso el consentimiento de todos los copropietarios, tesis que en este caso concreto no se puede asumir cuando afirma que la modificación operada no puede afectar a los elementos comunes del inmueble, porque a tenor de la documentación incorporada al litigio, correspondiente al proyecto y memoria y según declaró el testigo don Gervasio, resulta que las obras que afectan a las fachadas anterior y posterior son las necesarias para transformar la vivienda en local. En este sentido, como señala la SAP de Málaga de 8 de octubre de 2007, si el cambio de uso no es ilegal "no es de recibo apelar al cambio operado en la fachada del local (...) por ser consecuencia de la propia modificación". Sigue diciendo la mencionada resolución que "Es evidente que la ejecución de las obras (...) tienen que afectar a la configuración externa del edificio (...). Por tanto, aun cuando se esté afectando a elementos comunes no es menos cierto que esta afectación es consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo (...)".

Por consiguiente, no limitado el uso del local en el título constitutivo y permaneciendo inalteradas las cuotas de participación a pesar de la modificación, les es perfectamente lícito a los demandados principales transformar el uso de su local para destinarlo a vivienda, como lo sería para dedicarlo a alguna actividad comercial, no pudiéndose alegar que las obras ejecutadas para conseguirlo alteran los elementos comunes del edificio, pues la colocación de ventanas y portal de acceso, con modificación de las fachadas del edificio de acuerdo con las obras ejecutadas, son consecuencia necesaria e ineludible de ese cambio.

De otro lado, pretender en este caso la aplicación de la unanimidad para la modificación de los elementos comunes del edificio que, necesariamente, conlleva la transformación del local en vivienda supondría condenar a ambos litigantes a no poder efectuarla a pesar de no estar prohibido en el título constitutivo y constituir una facultad propia del derecho de **propiedad**. Es significativa en este aspecto la carta de fecha 23 de julio de 2007 remitida por el letrado de la actora principal a la letrada contraria, en respuesta a la que dicha letrada envió el 17 de julio de 2007. En esta última se solicitaba la autorización para la modificación del título constitutivo que se llevaría a cabo en junta de propietarios, a fin de que los demandados pudieran cambiar el uso de su local y transformarlo en vivienda, respondiéndosele que nunca se iba a autorizar el cambio de uso y la alteración de los elementos comunes del edificio.

Sin perjuicio de lo argumentado y al hilo de lo que se acaba de decir conviene también señalar que no hay constancia alguna de que se hayan constituido los órganos de la comunidad de propietarios. La propia actora principal niega su existencia en el hecho cuarto de su demanda, habiendo afirmado en juicio que nunca se constituyó formalmente dicha comunidad porque siempre habían actuado de común acuerdo los copropietarios. Así las cosas, debe tenerse en cuenta el criterio establecido en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de junio de 2008, cuando entiende que es un sinsentido invocar la regla de la falta de unanimidad de los comuneros, prevista en el art. 17 de la **Ley de Propiedad Horizontal**, cuando no ha mediado ninguna junta de propietarios a la que dicho precepto se refiere.

»Tercero.- Razones de sistemática aconsejan tratar en este momento la demanda reconvenicional en la que se denuncia la realización de obras efectuadas por la demandante principal que han alterado los elementos comunes del edificio.

Como se deduce de la propia estructura de la demanda, contestación y reconvenición, esta no es sino una estrategia procesal defensiva que no puede prosperar, pues el informe pericial efectuado es absolutamente claro y perfectamente lógico. La perito, doña Ángeles, ratificó su dictamen y reiteró la antigüedad de las obras a que se hace mención en la demanda reconvenicional, afirmando que estas pueden datar incluso del año 1974 y del proyecto inicial que habría sufrido las modificaciones que dieron lugar a tales obras, basando su afirmación tanto en los materiales utilizados como en el estado de los mismos, criterio razonable que debe ser asumido. Por otra parte, no hay indicio alguno de que el propietario anterior del inmueble de los reconvinientes, don Raimundo, pese a manifestar en juicio que el padre de la actora siempre hacía obras sin permiso, hubiese interpuesto demanda por esas obras, aparte de admitir que los locales siempre tuvieron ventanas en su parte trasera y dispusieron de cuarto de baño.

En estas condiciones, no es posible acoger la reconversión.

»Cuarto.- Pero el meollo del pleito y que explica que se pretenda la restitución del inmueble de los demandados a su estado original no se encuentra en la normativa reguladora de la **propiedad horizontal**, sino que estriba en la pretendida usurpación del derecho urbanístico de la demandante, pues no siendo posible de acuerdo con la normativa vigente más que la transformación de uno de los locales en vivienda, los demandados principales se habrían apropiado dicho derecho al efectuar esas obras, produciendo perjuicio a doña Adela que ya no podrá realizar lo propio en el futuro.

A la hora de enfrentar esta problemática y para mantener la congruencia de esta resolución, debe partirse necesariamente de la petición contenida en la demanda principal, pues lo que en ella se quiere es que se declare "que si la normativa urbanística admite que solo uno de los locales puede cambiar su uso a vivienda, ninguno de los titulares de estos locales puede acceder a este derecho sin el consentimiento de los demás copropietarios".

La fundamentación jurídica de la demanda principal se centra exclusivamente en la normativa que regula la **propiedad horizontal**, pero sin olvidar lo ya razonado al respecto, aquella no es suficiente para resolver la problemática que ahora nos ocupa, consistente en la necesidad o no de que los demandados principales pidiesen autorización a la actora para solicitar ante el Ayuntamiento una licencia de obras que implicaba la modificación del uso del local de su **propiedad** privativa a vivienda ya que, como se ha dicho, al hacerlo cerraban esa posibilidad a doña Adela, puesto que de acuerdo con la normativa urbanística en vigor solo uno de los locales puede transformarse en vivienda.

La solución de la cuestión pasa por tener en consideración las siguientes premisas:

a).- Como es sabido, la licencia urbanística conforma un acto típico de autorización administrativa, de modo que la Administración remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que ese ejercicio no pone en peligro interés alguno protegido por el ordenamiento y siempre con una rigurosa neutralidad de la Administración, puesto que las licencias urbanísticas siempre se otorgan salvo el derecho de **propiedad** y sin perjuicio de tercero, de forma que la licencia no altera las situaciones jurídicas existentes entre el sujeto autorizado y terceras personas.

b).- El derecho a la **propiedad** del suelo no tiene carácter ilimitado, pero esos límites se establecen fundamentalmente por la legislación urbanística y los planes aplicables, que vienen a definir en cada caso la extensión misma del derecho y establecen sus fronteras normales en virtud de la clasificación y calificación urbanística de los terrenos.

Partiendo de ambos puntos se llega a la conclusión de que ambos contendientes tenían en principio derecho a obtener la transformación del local de su **propiedad** respectiva en vivienda, de acuerdo con la normativa urbanística aplicable en Palma. Ahora bien, el ejercicio de ese derecho por uno de ellos cerraba automáticamente la posibilidad de transformación del local al restante.

Pues bien, tal ejercicio por los demandados principales del derecho reconocido por el ordenamiento de transformar su local en vivienda no queda limitado por el hecho de que con ello no pueda realizarlo la actora, no solo porque tal pretendida limitación no encuentra encaje en el ordenamiento, sino también porque de conformidad con la prueba practicada no se aprecia mala fe y abuso de derecho en el ejercicio de éste y, en concreto, en la realización de las obras efectuadas por los demandados principales. Y es que como determinaron las SSTs de 20 de febrero de 1992 y de 11 de julio de 1994, el abuso de derecho solo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de modo anormal y contrario a la convivencia y ello no resulta de los elementos probatorios que se han llevado a cabo en el litigio, a cuyo análisis se dedicará el siguiente fundamento jurídico.

»Quinto.- Se desprende de la declaración prestada por don Juan Luis que este sabía que solo uno de los locales del edificio podía transformarse en vivienda, habiéndole manifestado el arquitecto que la obra podía legalizarse sin problemas. Manifestó asimismo que fue la actora principal quien le informó de la normativa urbanística aplicable y que trató de llegar a un acuerdo con ella.

Ahora bien, ese conocimiento del demandado e incluso su afirmación de que ya tenían en mente obrar en el local no conlleva por su parte mala fe, ni la ejecución de las obras para que en ese local transformado pudiera morar la codemandada supone abuso de derecho, sin que el hecho de no haber llegado a acuerdo alguno con la demandante le impidiera actuar como lo hizo, pues doña Adela, a pesar del transcurso de los años en que ha disfrutado de su local como una vivienda haya legalizado unas obras que ya tenía realizadas en él y que, de hecho, lo han constituido en morada en la que reside su madre; ni siquiera lo hizo cuando la

normativa urbanística anterior permitía, según testimonio del Sr. Gervasio , la existencia de cuatro viviendas en el edificio litigioso. Es cierto que dijo la actora que su propósito es transformar el local en vivienda en el futuro, pero no es posible obligar a los demandados a no ejercitar el derecho subjetivo que les corresponde y que ahora precisan llevar a cabo, derivado de la **propiedad** privativa que ostentan sobre el local, a expensas de un interés inconcreto de la actora de ejercitar ese mismo derecho de transformación del local de su **propiedad** y que no ha ejercitado durante treinta años ni quiere por el momento ejercitar.

Cabe reiterar una vez más que doña Adela ha realizado obras en el local de su **propiedad**, de forma que, como ya se dijo, actualmente tiene en él constituida una vivienda. Así, a tenor de su propia declaración, cuenta en ese inmueble y desde hace 30 años con una sala, aseo, trastero y cocina. Por su parte, ya se dijo también que la madre de la actora vive en ese local interiormente transformado y doña Adela , tras describir en sentido análogo a la demandante la configuración actual del local perteneciente a esta, afirmó que en él hace la vida aunque duerme en el piso superior, así como que siempre han tenido así el local, habiéndolo modificado antes de terminar la obra.

En consecuencia, aun cuando no es posible aplicar el instituto de la prescripción del art. 1963 del Código Civil , ya que este precepto no incide en la posibilidad de ejercitar el derecho de transformación del local en vivienda, previa solicitud de autorización a la Administración, al ser una facultad derivada de su derecho de **propiedad** ( art. 348 del Código Civil en su primer párrafo), lo cierto es que, pudiendo hacerlo, nunca le ha interesado a doña Adela legalizar unas obras que ya efectuó en el local de su **propiedad**, sin que ello imposibilite el normal ejercicio de su derecho a los demandados principales, el cual no queda limitado por otro derecho incompatible y sin que hayan existido maniobras por parte de los demandados de adelantarse antijurídicamente a la actora en la transformación del local.»

**TERCERO.-** La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Baleares dictó sentencia de 27 de septiembre de 2010, en el rollo de apelación n.º 243/2010 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D.ª María Llasera Jiménez, en representación de D.ª Felicidad y D. Juan Luis ; y asimismo desestimar el interpuesto por el procurador de los tribunales D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D.ª Adela ; ambos contra la sentencia de fecha 4- septiembre-2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de esta Capital , en los autos de juicio ordinario n.º 942/2007, de que dimana el presente rollo de Sala; y en su virtud,

»2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

»3º) Se imponen a cada parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada, y derivadas de su propio recurso.»

**CUARTO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Formulada demanda principal de juicio ordinario en ejercicio de la acción declarativa y de condena, por parte de D.ª Adela , contra D. Juan Luis y D.ª Felicidad , en suplico de que se dicte sentencia por la que se declare:

1. Que el cambio de uso del local a vivienda, al conllevar la necesidad de modificar y alterar elementos comunes, como son en este caso la fachada principal y la fachada posterior del edificio, y el no tener la conformidad unánime de comuneros, implica una vulneración del Título constitutivo.

2. Que las obras que se vienen efectuando consistentes en la sustitución en la fachada principal, de la puerta del garaje por una ventana y una puerta de acceso a la vivienda, rellenando con obra los espacios sobrantes hasta completar el hueco del antiguo portal de acceso al local y en la fachada posterior, mediante el derribo de una pared retranqueada respecto al cuerpo en voladizo del edificio hasta situarla en el mismo plano que este, además de convertir una ventana en una puerta de acceso, conllevan la alteración de la configuración y estado exterior del edificio hasta situarla en el mismo plano que este, además de convertir una ventana en una puerta de acceso, conllevan la alteración de la configuración y estado exterior del edificio por tanto, las mismas requieren el consentimiento unánime de todos y cada uno de los copropietarios.

3. Que el otorgamiento de la Licencia Municipal no legitima las obras efectuadas en las fachadas del edificio, al no tener estas el consentimiento unánime de los comuneros.

4. Que si la normativa urbanística admite que solo uno de los dos locales puede cambiar su uso a vivienda, ninguna de los titulares de estos locales puede acceder a este derecho sin el consentimiento de los demás copropietarios.

5. Que se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, que se ordene la demolición de las obras que han afectado a la fachada principal y posterior del local sito en la planta baja izquierda del edificio ubicado en la CALLE000 n.º NUM000 , así como se ordene la restitución al estado anterior de aquellas alteraciones de elementos comunes, es decir, que se reconstruya en la fachada principal un portal de idénticas medidas y acabados constructivos correspondientes al local derecho del edificio y en la fachada, así como que la puerta abierta se convierta en la antigua ventana, todo ello con idénticas medidas, materiales, calidades y tipología constructiva existente antes del inicio de las obras y que se mantenga el uso del local previsto en el Título constitutivo..

6. Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada; fue contestada y opuesta por estos, quienes a la vez formularon demanda reconvencional contra D.<sup>a</sup> Adela , en suplico de que, estimando íntegramente la demanda:

Declare que las obras efectuadas de adverso en su parte del edificio requieren y a pesar de ello carecen de acuerdo comunitario asumido por mi representado contraviniendo la preceptuado en la **Ley**.

. Declare ilícita la apropiación efectuada de adverso del patio de luces del edificio.

. Condene a la demandada doña Adela a demoler la obra incontestada llevada a cabo en el inmueble de su **propiedad** sito en la parte derecha del edificio mirando desde la calle tanto en el garaje sito en la planta baja como en su vivienda sita en el primer piso del edificio donde se ubica la comunidad de propietarios y que vienen especificadas claramente en el cuerpo de la presente demanda, en el plazo que al efecto el Juzgado determine, con apercibimiento de que de no realizarlo en el referido plazo se podrá llevar a cabo a su costa.

. Las costas deberán ser impuestas al propietario demandado de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil ; asimismo contestada y opuesta por la demandante inicial; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, incluido la testifical por diligencia final, ambas demandas (principal y reconvencional) fueron desestimadas en la instancia por sentencia de fecha 4-septiembre-2009 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "En virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, desestimo la demanda planteada por D.<sup>a</sup> Adela , procesalmente representada por el procurador don Onofre Perelló Alorda, frente a don Juan Luis y doña Felicidad , ambos representados por la procuradora doña María Yácer Jiménez, absolviendo a estos de las pretensiones contenidas en aquella.

Desestimo la demanda reconvencional instada por don Juan Luis y doña Felicidad , ambos representados por la procuradora doña María Llasera Jiménez, frente a doña Adela , procesalmente representada por el procurador don Onofre Perelló Alorda, de forma que absuelvo a esta de las pretensiones contenidas en la demanda reconvencional.

Respecto de las costas causadas, impongo a la actora principal las causadas por la demanda principal e impongo a los demandantes reconvencionales las ocasionadas por la reconvención." Contra cuya resolución se alza la representación procesal de los Sres. Juan Luis y Felicidad , alegando incongruencia por omisión total de lo solicitado por los reconvinientes, que la actora realizó obras sin consentimiento ni aprobación posterior, a pesar de tener antigüedad inferior a 25 años, por todo lo cual interesa que se dicte sentencia revocando la apelada en el sentido de admitir explícitamente las peticiones efectuadas en el escrito de contestación a la demanda así como las de la demanda reconvencional, y condene a la otra parte a estar y pasar por esta declaración, y que no se impongan las costas. La contraparte se opone al recurso, alegando que la ventana interior y el depósito de WC llevan instalados desde más de 20 años, con consentimiento mutuo de los dos promotores, por lo que interesa que se desestime el recurso de apelación, ahora impugnado, confirmando el pronunciamiento judicial en cuanto a la desestimación de la demanda reconvencional, todo ello con expresa condena en costas.

Asimismo se alza contra la anterior resolución la representación procesal de la Sra. Adela , insistiendo en que las obras incontestadas, realizadas por los reconvinientes, afectan a elementos comunes (fachadas), que los demandados han hecho un cambio de destino de una unidad privativa (de local a vivienda) en contra del título constitutivo, y que estos han obtenido un aprovechamiento ilícito civil de un uso urbanístico, en detrimento y perjuicio de la actora, por todo lo cual interesa que revocando íntegramente la sentencia con estimación de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda principal.

»Segundo.- A modo de adelanto, y con carácter previo, conviene señalar, según la mejor doctrina, que, como en supuestos similares, es aplicable la **Ley de Propiedad Horizontal**, en tanto así lo conformaron los dos promotores iniciales (Sres. Adela y Raimundo ) y lo plasmaron en escritura pública, si bien con las importantes precisiones, a la vez relevantes para poder resolver el presente supuesto, como que debe estarse al título constitutivo y, particularmente, a la situación o el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, al orden, uso y destino del edificio, por pisos y locales, etc., y al estatuto privativo (ej. Fachadas y patio de luces), conforme a los art. 2 y 5; como que no hay estatutos aprobados por unanimidad salvo el documento que se dirá, a falta de órganos de gobierno y de Junta de Propietarios; como que las limitaciones de las facultades dominicales no deben interpretarse extensiva sino restrictivamente al presumirse libre la **propiedad** y, en su caso, poder cambiar el destino de las fincas; como que la modificación exterior de fachadas es consecuencia lógica y necesaria del cambio de uso (de garaje a vivienda), como acertadamente reseña el juzgador de instancia; y como que ambas partes litigantes han admitido tácitamente las obras realizadas por la contraria respectiva, incluso afectando a elementos comunes, sin protesta y durante muchos años, a modo de actos inequívocos y aún cuando fuere necesario el consentimiento unánime de las dos partes ( STS de 28-4-92 y 16-10-92 ); y aun cuando el otorgamiento de un licencia administrativa no priva a la jurisdicción civil de entender de otras cuestiones como el agotamiento urbanístico de la parcela y la obligación de resarcir a la actora reconvenida para lo cual se le hace expresa reserva de acciones por todos los daños y perjuicios sufridos como copropietario.

Con todo, y respecto de la aplicabilidad de la LPH, las situaciones de prehorizontalidad, caracterizadas como su misma denominación indica, por ser anteriores o preceder a la plena constitución del régimen de P.H.

Dadas las muy diversas manifestaciones que dentro de este tipo de situaciones pueden distinguirse, tomamos como punto de partido que la P.H. requiere para su constitución un elemento fáctico y otro jurídico, evidente resulta que la falta de uno u otro conducirá a la situación de prehorizontalidad.

Uno y otro supuesto no son nada infrecuentes en la actualidad, a que la realidad nos muestra tanto la existencia de inmuebles que divididos por pisos carecen de título constitutivo, como (y esto con más frecuencia) la de entidades promotoras que también suelen serlo de construcción y venta, que adquieren solares para edificar en ellos bien inmuebles bien urbanizaciones, cuyos pisos o locales, parcelas de terreno, bungalows, etc., comienzan a anunciar con una muy cuidadosa a la vez que atractiva publicidad su venta en unas verdaderamente tentadoras condiciones, tanto de facilidades de pago como de situación de lo que se ofrece, dado que adquirido el solar por la entidad promotora-constructora-vendedora y acaso proyectado el inmueble, no siempre se inicia la construcción, disfrazando en ocasiones tal negocio jurídico que es de auténtica compraventa, con las calificaciones de simple "opción de compra", "precontrato", etc.

En tales casos puede acontecer:

1. Que no exista siquiera inscripción registral del solar a favor del vendedor, mas sí de la persona o entidad de quien este lo hubiere adquirido, lo que se traduce en múltiples problemas para los adquirentes que no cuentan en tales casos con protección registral alguna.
2. Que no exista la escritura de obra nueva y constitución del régimen de P.H., lo que convierte la cuestión en una auténtica situación fáctica al faltar el elemento formal necesario para que dicho régimen de **propiedad** pueda surgir en su plenitud al mundo de las relaciones jurídicas.
3. Que exista dicha escritura de obra nueva y constitución de dicho régimen de **propiedad**, supuesto en el cual pueden a su vez subdistinguirse entre otras estas dos posibilidades: que referida escritura haya sido inscrita en el Registro de la **Propiedad**, o que no lo hubiere sido.

En el primero de estos casos nos encontramos precisamente con el que pudiera considerarse como supuesto tipo de la P.H. de hecho, al cual son de aplicar por analogía las normas contenidas en la **ley** de 21 de julio de 1960.

Pues bien, en relación con dichas situaciones conviene indicar que, aun cuando quienes rechazan que el "título constitutivo" sea elemento esencial para el nacimiento del régimen de P.H. en su plenitud, las mismas son de auténtica P.H.; por la generalidad de la doctrina (con la que estamos de acuerdo) no son otra cosa que PP.HH. de hecho, por cuanto si les aplicamos la técnica que autoriza el principio del título y el modo que podemos ver en el art. 609 C.c. , para la adquisición del dominio, tales situaciones nos ofrecen exclusivamente el *modus* , ya que en ellas falta el *titulus nascendi* (más bien que *adquirendi* ).

Por la cual es perfectamente factible que de acuerdo con dicha norma nos hallamos aquí ante una verdadera P.H., bien que desde 1960 no se hubiera realizado, ninguno de los actos que según la indicada Disposición Transitoria se establecieron para acomodar dichas situaciones a la moderna legislación.

Al no cumplir lo relativo a la adecuación de estatutos al nuevo régimen por carecer originalmente de ellos y no elaborarlos ex novo, es evidente que de conformidad con lo dispuesto en el art. 396.IV CC, dicha Comunidad de Propietarios se rige, exclusivamente, por lo dispuesto en la vigente **ley** de P.H., siendo de aplicación a la misma sus disposiciones en toda su amplitud y respecto de todos sus problemas habida cuenta que al promulgarse la misma no se hizo uso cual queda indicado, de lo dispuesto en la disposición transitoria 1.ª de la misma.

Y se establece el siguiente orden de prelación de fuentes, anteponiendo la **Ley de Propiedad Horizontal** a los acuerdos establecidos en los Estatutos:

1. Normas imperativas contenidas en el art. 396 del Código Civil en su relación dada por la **Ley** de 1960, y por los demás artículos de esta última que revisten esos mismo carácter de preceptos forzosos.

2. Los acuerdos o convenios celebrados y aprobados por los propietarios de las distintas parcelas al amparo del art. 1255 del Código Civil ya sean a través de los estatutos, ya lo sean a través de los reglamentos de régimen interior.

3. Normas dispositivas de la **Ley** de 1960.

4. Y como derecho complementario y supletorio las disposiciones del Código Civil reguladoras de la **propiedad** y de la comunidad de bienes en cuanto sean adoptables y no contradigan las normas especiales de esta singularísima forma de **propiedad**.

Desde que existe una división **horizontal** de hecho, esta debe regirse por las normas de la **Ley de Propiedad Horizontal**, en cuanto le sean aplicables.

El problema radica en saber qué partes de la **Ley** son aplicables a las **propiedades horizontales** de hecho, y cuáles no se deben aplicar; porque del articulado solo sabemos que no todo el contenido de la **Ley de Propiedad Horizontal** es aplicable a las **propiedades horizontales** de hecho.

En primer lugar hay que decir que se deben aplicar cuantas más normas de la **Ley** mejor, primero porque ese parece ser el espíritu de la norma según una interpretación integradora del precepto (tal como exige el art. 3 del Código Civil), y segundo porque al tratarse de una **propiedad** especial muy necesitada de regulación, la aplicación de la norma más específica como es la **Ley de Propiedad Horizontal**, afronta y resuelve los problemas que la **propiedad** especial pueda crear, mejor que las normas más genéricas como los artículos 392 y siguientes y 348 y siguientes del Código Civil.

Serán aplicables a las **propiedades horizontales** de hecho los artículos de la **Ley** destinados a regular el uso y aprovechamiento tanto de los elementos comunes como de los privativos. Esto es, régimen de **propiedad**, cuya aplicación es acorde con la naturaleza de las **propiedades horizontales** de hecho. Sin embargo, no son aplicables: ni las normas relativas a las cuotas de copropiedad, ni las que se refieren a los órganos de representación de las comunidades de propietarios.

No deben aplicarse las normas relativas a las cuotas de participación, con todas sus consecuencias, es lo que hace que una **propiedad horizontal** de hecho, se convierta en **propiedad horizontal** de derecho. Recordemos dos detalles indicativos en el texto de la **Ley** que nos inducen a pensar que las normas sobre cuotas no son aplicables a las **propiedades horizontales** de hecho: 1) el artículo 5 de la **Ley**, del que se deriva la exigencia de unanimidad para el otorgamiento del título constitutivo, no impone esta regla de unanimidad con una literalidad clara y tajante, sino que es al hablar de las cuotas de participación cuando dice que será "determinada..., por acuerdo de todos los propietarios para realizar agrupaciones y divisiones de los elementos privativos, tampoco impone la autorización de la Junta de propietarios de un modo directo sino que dice que la Junta de propietarios deberá autorizar la división o la agrupación porque a ella le corresponde la fijación de las nuevas cuotas de **propiedad**. De ello podemos derivar la necesidad de un acuerdo unánime y expreso de todos los copropietarios para que las cuotas queden fijadas.

No obstante, sí serán de aplicación a las **propiedades horizontales** de hecho, las normas sobre organización interna de la **propiedad horizontal**, tales como la toma de decisiones por mayorías simples o cualificadas, porque no son más que un desarrollo especializado de las disposiciones contenidas por los artículos 397 y 398 del Código Civil.

Puede entenderse por prehorizontalidad "aquella situación por la cual, existiendo la voluntad y unas ciertas condiciones para la constitución del régimen de **propiedad horizontal**, este, sin embargo, no llega a nacer por faltar alguno de sus requisitos".

Son necesarios para que exista una **propiedad horizontal** plenamente constituida, tres elementos que son:

1º) Un elemento volitivo consistente en la decisión del propietario o propietarios del inmueble de constituir una **propiedad horizontal**.

2º) Un elemento material, el edificio que se va a dividir horizontalmente, que además reúna las características necesarias para poderse dividir bajo las reglas de este régimen.

Y 3º) Un elemento formal, el título constitutivo de la **propiedad horizontal**.

Pues bien, hay una situación de prehorizontalidad cuando existe el elemento volitivo pero falta uno de los otros dos (el formal o el material).

Esta es la opinión también de la Audiencia Provincial de Segovia que en sentencia de 21 de mayo de 1981 dijo que la circunstancia de no haberse otorgado aún por los interesados el título constitutivo a que alude el artículo 5 de la **Ley** de 21 de julio de 1960, no significa que deban someterse a las reglas de la comunidad de bienes general, ya que el sistema de la **propiedad** por pisos o **propiedad horizontal** a que hace referencia el artículo 396 del Código Civil se establece legalmente desde el momento mismo de la división de un inmueble mediante adquisición de un piso del que forma parte.

Más específica ha sido, más recientemente, otra Audiencia Provincial, la de Badajoz, que en sentencia de 21 de noviembre de 1996 manifiesta que las "...llamadas **propiedades horizontales** de hecho (o situaciones de prehorizontalidad) es decir los supuestos de edificios divididos por pisos y vendidos como tales a distintos propietarios, pero en los que no existe título constitutivo y, por ende, en que la **propiedad horizontal**, como tal, no ha surgido jurídicamente aún a la vida, se rigen, analógicamente, por normas de la **Ley de Propiedad Horizontal**, y por ello rige, en ellas, plenamente el estatuto jurídico de la **propiedad horizontal**...".

El propio artículo 5 nos dice quién es el encargado de otorgar el título constitutivo, al señalar que respecto de una de sus partes fundamentales, la cuota de participación, será "determinada por el propietarios único del edificio, al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes..."

Por tanto estas son las situaciones:

1º) El propietario único.

En este caso no plantea grandes cuestiones, quizás lo único que merezca la pena repasar son las situaciones de abuso de derecho, cuando el propietario único se vale de su posición dominante adoptando decisiones que lleven al establecimiento bien de reglas abusivas, o bien a que el propietario se reserve derechos que vulneren la naturaleza jurídica de la **propiedad horizontal**, o bien al señalamiento de reglas que excedan de lo razonable.

2º) Los varios propietarios múltiples.

Aquí, a su vez, dos situaciones posibles: la llamada comunidad de promotores, y los casos en que el promotor único ha dispuesto de algún elemento privativo a favor de un tercero antes de otorgar formalmente el título constitutivo de la **propiedad horizontal**.

La simple mayoría de los condueños sea suficiente para poder otorgar el título constitutivo de la **propiedad horizontal** ( art. 398 del Código Civil ). Así parece manifestarse también el legislador, cuando dice que las cuotas de participación serán determinadas por acuerdo de "todos" los propietarios existentes, y al exigir la unanimidad para las modificaciones sustanciales del título constitutivo. Por ello será necesaria la unanimidad de los condueños para el otorgamiento voluntario del título constitutivo; pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 401.2 del Código Civil, resulta que incluso una simple minoría puede solicitar y obtener la división **horizontal** de un inmueble por vía judicial, aplicando el principio de nuestro derecho civil de que nadie puede ser obligado a permanecer en la división ( art. 400 del Código Civil ), a lo que hay que añadir la disposición que establece que la división de cosa común (que puede solicitar un solo comunero) deberá llevarse a cabo a través de una división **horizontal**, cuando el inmueble reúna las características que así lo aconsejen o lo permitan. Como se ve, pues, la unanimidad de los condueños, puede y debe matizarse.

Una vez que se ha descrito el inmueble con los requisitos que demanda la legislación hipotecaria y la **Ley del Suelo**, hay que hacer una referencia a los "servicios e instalaciones con que cuente" el edificio, lo que incluye los elementos comunes tales como ascensores, portería, etc., cuestiones que no tienen relevancia desde el punto de vista de la inscripción pero sí tienen importancia desde el punto de vista de que los propietarios conozcan, por su título constitutivo, con qué elementos de servicio general o afectos al servicio común pueden contar y están obligados a mantener.

El punto de partida de la **Ley** es la libertad de modificar la parte privativa o de hacer obras en ella pero establece tres restricciones a dicha facultad:

a) Que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general y su configuración o estado exteriores.

La jurisprudencia ha sido estricta en la exigencia de unanimidad para las obras que afectan a la configuración exterior del edificio, incluso en los casos en que las obras realizadas impliquen una mejora estética ( sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1996 y de 27 de junio de 1996 ) o cuando se hubieran llevado a cabo en una terraza privativa y alteren la forma geométrica o volumen del edificio ( sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993 , entendiéndose en este último caso que quedaban afectadas las paredes exteriores del edificio que se consideran elemento común.

b) Que no perjudique a los derechos de otro propietario.

A diferencia de la anterior, esta limitación no parece de derecho necesario o imperativo, de manera que cabe el perjudicado o perjudicados -que son quienes ostentan dicha facultad, no la comunidad de propietarios- autoricen una obra en la parte privativa de otro copropietario que, en caso de no afectar a elementos comunes y no sobrepasar los otros límites establecidos en este artículo 7.1 de la **Ley de Propiedad Horizontal** , habrá de considerarse plenamente lícita.

c) Que se dé cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

En resto del inmueble:

El segundo párrafo del apartado primero del artículo 7 contiene una prohibición absoluta de realizar obras en las partes del edificio que no sean privativas. Se trata de una norma, en cierta manera, redundante pues partiendo de que lo no privativo es común ( art. 3 de la **Ley de Propiedad Horizontal** ) el principio de inalterabilidad de los elementos comunes sin consentimiento unánime de los propietarios ( art. 17.1.ª de la **Ley de Propiedad Horizontal** ) implica ya por sí solo la prohibición establecida en este precepto.

Y como decía este Tribunal en la sentencia de fecha 2-marzo-2010 que: "En cuanto a la cuestión antes señalada como 1, esto es, el régimen jurídico aplicable al edificio de la CALLE001 , en el sentido de si le es o no de aplicación la LPH, y su artículo 8 , la sentencia de instancia responde en sentido afirmativo, por cuanto, aunque no exista título constitutivo, la escritura de 20 de julio de 1960 debe considerarse como tal, pese a que no contenga una referencia expresa que diga que se proceda a la división de la **propiedad horizontal**, ya que describe el inmueble en su conjunto, las entidades privativas susceptibles de aprovechamiento independiente, establece las cuotas de participación en los elementos comunes del inmueble de cada una de estas unidades independientes, y finalmente establece el régimen jurídico de la comunidad resultante, que es el del artículo 396 del Código Civil y las **leyes** que se dicten en materia de **propiedad horizontal**; recoge los requisitos mínimos del artículo 5 de la LPH , y se le aplicaría en todo caso dicha **Ley** por la expresa remisión de la referida escritura del año 1960; que si bien no existen servicios comunes, sí hay elementos comunes ex artículo 396 CCI, con existencia de acuerdos verbales y ausencia de conflictos entre los vecinos. Frente a ello, la representación de la recurrente alega que no puede haber **propiedad horizontal** sin descripción separada y especial de las fincas privativas, con la técnica de doble folio, con uno principal que recoja la edificación en su conjunto, con sus elementos comunes, cada elemento privativo, instalaciones y servicios, y folios especiales para cada elemento privativo; no hay título constitutivo y el alegado es anterior a la LPH; no han existido órganos de la comunidad ni junta de propietarios; se produce una situación de prehorizontalidad o **propiedad horizontal** de hecho, con aplicación del artículo 2b ), el cual no dice que le sean aplicables todos los artículos de la **ley** en cuestión, y entre ellos, el artículo 8 rige para estas situaciones, según indica la doctrina, en un inmueble cuyas fincas todas ellas tienen salida a un patio mallorquín.

La Sala ratifica plenamente la acertada argumentación de la sentencia recurrida. Al respecto debemos reseñar que, ciertamente, no consta en el Registro de la **Propiedad** la constitución formal de una **propiedad horizontal**, esto es, la existencia de un folio con la descripción de la íntegra finca, y luego, vinculada a la anterior, la descripción de las partes privativas, sino que únicamente consta una descripción de estas partes

privativas, pero la descripción de la íntegra finca es muy escueta, y se limita a aspectos muy generales, sin indicar por ejemplo, la existencia del elemento común del patio. Por ello, el inmueble objeto de esta litis, en el Registro de la **Propiedad** consta como una finca general muy escueta sin referencia a elemento común alguno, pero ello no se estima óbice para que no pueda ser considerada como título constitutivo, en atención a: 1) Es indiscutido que nos hallamos ante un inmueble que reúne los requisitos previstos en el artículo 396 del CCi, esto es, diferentes pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, con una serie de elementos comunes, como pueden ser, a título de ejemplo, el suelo, las fachadas exteriores y al patio interior, la cubierta, el zaguán y patio interior del inmueble, portal, cimentaciones, elementos estructurales, etc. 2) La tan citada escritura de 20 de julio de 1960 contiene una pormenorizada descripción de las partes privativas y les atribuye a cada una de ellas un porcentaje de coeficiente de **propiedad** sobre el íntegro inmueble. 3) La estipulación quinta, transcrita con anterioridad y también recogida en el Registro de la **Propiedad**, señala con toda claridad que "La comunidad **horizontal** entre las diversas partes determinadas de la casa n.º NUM001 de la CALLE001 de esta Ciudad, descritas en el epígrafe B del expositivo VI, se regulará por las normas del Código Civil, y, en su día, por las **leyes** que se dicten en la materia." Con ello, se evidencia que las personas que intervinieron en la escritura aceptaron la regulación propia de la **propiedad horizontal**, que se contiene "en las **leyes** que se dicten en la materia", y tal estipulación ha sido conocida por la entidad actora al haberse inscrito en el Registro de la **Propiedad**, y pone de relieve sin lugar a dudas de que este inmueble se rige por la LPH. Es evidente que esta escritura se suscribió el día antes de la promulgación de la LPH el día 21 de julio de 1960, pero, a la vez, los asesores jurídicos conocían de la inminente regulación de la materia, y a la misma quisieron acudir. Del mismo modo, es evidente que la entidad demandada aceptó los coeficientes de **propiedad** derivados de dicha escritura, y sobre los mismos efectúa la división. 4) Dicha escritura contiene los requisitos básicos de un título constitutivo de la **propiedad horizontal** a tenor del artículo 5 LPH, singularmente los coeficientes de **propiedad** de cada una de las partes determinadas, y una clara referencia en el resto a la legislación que en el futuro se dictase, con lo cual la circunstancia de que no se describieran con claridad los elementos comunes y que finalmente no se inscribiera en el Registro de la **Propiedad** una finca con todos estos elementos, no es óbice suficiente para dejar de considerarlo como título constitutivo.

El hecho reconocido por ambas partes de que no se han constituido los órganos propios de la comunidad, y no se haya nombrado ningún Presidente ni reunido junta de propietarios en los cincuenta años transcurridos, no impide que sea de aplicación en todo momento la normativa de **propiedad horizontal**, tal como se recoge en el título antes citado, y más cuando probablemente es debido a que no se han planteado cuestiones comunitarias relevantes y si se ha suscitado alguna cuestión se ha planteado directamente entre los comuneros, sin constancia documental. Igualmente es irrelevante el hecho de que cada parte determinada tenga salida al que la parte denomina patio mallorquín, amplio e interior, puesto que existen elementos comunes, y por la mera circunstancia de descripción incompleta de elementos comunes en el título y en el Registro de la **Propiedad**, se estima que no nos hallamos ante una situación de prehorizontalidad o **propiedad horizontal** de hecho, que, aun en el supuesto de que a meros efectos dialécticos se aceptase, implicaría la aplicación del artículo 2 de la LPH para completar un título, que, igualmente, en el contexto de una existencia de coeficientes de **propiedad** sobre elementos comunes, comportaría la aplicación del artículo 8 de dicha **Ley** .".

Ítem más, el art. 2 LPH reconoce expresamente la existencia de la PH de hecho, es decir aquella edificación en la que se dan los elementos estructurales de una PH (**propiedad** separada de diferentes pisos y copropiedad sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes), pero carece de "título constitutivo". No obstante, en esta hipótesis, la aplicación de la normativa de la **Ley** puede ser más reducida y, en todo caso, siempre habrá ciertas zonas de sombra donde se alimente el debate.

Las situaciones no siempre serán las mismas pues junto a la de ausencia de título constitutivo puede darse la de insuficiencia del mismo.

De cualquier modo, hay que recordar que el párrafo 2 del apartado b del art. 2 LPH señala que "estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta **Ley** en lo relativo al régimen jurídico de la **propiedad**, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros".

Con este apartado b) del art. 2 LPH se acaba la cuestión acerca de si estamos ante una PH, por cuya tesis se inclinaba mayoritariamente, la doctrina y la jurisprudencia, o ante una figura distinta.

El art. 2 LPH es de notoria importancia en cuanto nos indica que es aplicable la LPH. Aunque de modo incompleto, hay normas esenciales.

Entre esas reglas, son aplicables las disposiciones de la LPH en lo relativo al régimen jurídico de la **propiedad**, de sus partes privativas y elementos comunes.

Lógicamente, el art. 5 debe brillar por su ausencia (se insiste, en la hipótesis de ausencia de título, pues de ser insuficiente la situación puede cambiar en atención al extremo deficientemente articulado).

No obstante, parece razonable entender que si el régimen de PH presupone un edificio donde cohabitan **propiedades** separadas con elementos comunes el "título constitutivo" debe describir el edificio y los diferentes departamentos; además, como la participación de cada departamento en el valor del inmueble puede ser diferente, también resulta lógica fijar una cuota. Estos datos parecen necesarios; no así los Estatutos que, aunque importantes (en algunos casos, casi imprescindibles) son voluntarios.

La descripción de un piso es importante (planta, linderos, metros) pero hay un dato de interés que es la descripción de su destino. Sin duda, unos buenos estatutos deberían contemplar ese destino y los eventuales cambios, en su caso; sin embargo, es frecuente el silencio quedando como un dato descriptivo en la división **horizontal** su destino: vivienda sita en..., local en planta..., etc.

En general, mayoritariamente la doctrina y varios fallos judiciales se inclinan por considerar que cualquier limitación al dominio debe entenderse de modo restrictivo y que un mero dato descriptivo no coarta, por sí mismo, el destino, o cambio de él, de un departamento.

La SAP de Ávila número 165 de 10 julio 2002, recurso de apelación número 196/2002, resuelve en sentido negativo la transformación de unos trasteros en vivienda; considera que ni en la escritura de PH ni en los estatutos figura mención expresa para esa transformación y que descritos como trasteros, y que como tales cotizan en sus cuotas comunitarias, ha de concluirse que no se estima existe autorización en el título constitutivo.

La SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 20 de septiembre de 2002 también se cuestiona la transformación de una vivienda, que ocupaba la totalidad de una planta, y la planta superior destinada a trasteros, en dos viviendas tipo dúplex; la sentencia declara la ilicitud de las obras de cambio de destino; es evidente que "la alteración llevada a cabo por la parte demandada implica que la superficie destinada a vivienda prácticamente se duplique, con la intensificación en el uso de los elementos comunes que ello comporta, lo que significa una alteración notoria respecto de las circunstancias existentes cuando se fijó la cuota".

La STS de 10 de diciembre de 1997 se enfrenta a un local que es dividido en seis, alguno de los cuales puede ser utilizado como vivienda. El TS considera que esa división ha afectado a elementos comunes (servicios de agua, calefacción y energía eléctrica) y en cuanto a la transformación en vivienda que la "transformación o cambio del local comercial único en posibles viviendas requiere igualmente el consentimiento unánime de todos los propietarios".

La STS de 18 septiembre 2006 sigue la línea de esta sentencia de 23 de febrero 2006 y admite que la referencia al uso y destino que consta en el título constitutivo en cuanto a que pueda menoscabar el derecho de **propiedad** debe interpretarse de modo restrictivo.

La Audiencia estima el recurso y considera que la expresión puramente "descriptiva" "no puede entenderse como una delimitación de usos específicos y excluyentes y menos aún como una prohibición de transformación por cambio de destino.

La solución de la Audiencia es acertada por cuanto se trata no de un cambio de destino, de vivienda o local o viceversa, sino, más bien, de un cambio de actividad.

No puede tener la misma valoración el mero cambio de actividad de un local que transformar una vivienda en oficina o local, especialmente cuando haya elementos "visibles" de cuál es su destino natural.

Por ello suele ser mejor recibido un cambio de local u oficina a vivienda que la hipótesis inversa.

De las sentencias cabe deducir que las limitaciones a la **propiedad** deben entenderse de modo estricto y por tanto, en principio, cabe cambiar el destino salvo que los estatutos lo prohíban o se trate de una actividad prohibida.

Así pues, tras este largo recorrido parece que la tesis mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia es que el derecho de **propiedad** sobre el departamento es, en principio, pleno y los límites deben venir expresamente establecidos y ser de interpretación estricta.

Es muy importante que los Estatutos decidan sobre la cuestión en uno u otro sentido con alguna norma clara.

El cambio de destino (de vivienda a local, o viceversa) presenta alguna duda frente a la idea mayoritaria de su posibilidad. Si el título está bien orquestado ese destino se habrá tenido en cuenta en la fijación de cuotas y su cambio puede alterara la ratio en los criterios de la misma.

La segunda, que es un problema que se soluciona preventivamente en los estatutos.

Para el supuesto de que los estatutos no hubiesen sido confeccionados por el propietario-promotor con antelación, los mismos habrán de nacer mediante acuerdo tomado por unanimidad por una Junta convocada para ese fin, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 14 , 15 y 16 de la LPH .

El Tribunal Supremo destaca que, a pesar de que la **propiedad horizontal** se rige, en primer término, por la autonomía de la voluntad plasmada en el título constitutivo y en los estatutos, no obstante existen normas en la LPH que tienen el carácter de imperativas y, por ello, no pueden ser vulneradas por la autonomía de la voluntad de los copropietarios.

Se pueden clasificar las normas estatutarias más comúnmente utilizadas en los siguientes apartados:

- \* Las que se refieren al uso y destino del edificio.
- \* Las que regulan el uso y la utilización de los servicios y elementos comunes.
- \* Las que se refieren a la exoneración en la distribución de los gastos generales o contemplan especialidades en los mismos.
- \* Las que completan las normas legales sobre gobierno de la comunidad.
- \* Las que delimitan las actividades prohibidas.

Algunos de los aspectos prácticos más importantes que han de ser recogidos en los estatutos, si se llega a la conclusión de que han de redactarse por la comunidad y optan por hacerlo y no regirse exclusivamente por lo dispuesto en la **Ley de Propiedad Horizontal**, son precisamente los que se refieren al uso y destino del edificio.

Se habrá de determinar si estamos ante un edificio que tiene viviendas, locales, garajes, centros comerciales, etc., y dejar claramente establecido cuál es el destino o su uso de aquellos que se considera prohibido y cuál es el que se establece como forzoso para algunos de ellos.

Hay que tener en cuenta que la simple descripción de si se trata de un ocal, garaje, etc. No supone de por sí ninguna prohibición específica. Para que esta tenga validez ha de constar de manera expresa y claramente en los estatutos, de manera que vincule a los primeros constituyentes de la **propiedad horizontal** y a los posteriores propietarios, una vez que se hayan inscrito en el Registro de la **Propiedad**. Evidentemente, cualquier limitación del derecho de **propiedad** ha de constar expresa y claramente prohibida en los estatutos, con independencia del término que se haya utilizado para describir el correspondiente elemento privativo. Todo ello, sin perjuicio de que se pudiera, en su caso, impedir el ejercicio del derecho dominical porque la actividad concreta fuese dañosa, molesta, insalubre, peligrosa o ilícita.

En el momento en el que se redactan las escrituras de **propiedad horizontal** para definir cada entidad, y para diferenciarlas unas de otras, se utilizan, expresiones como "garaje", "local comercial", "vivienda", etc. El problema que se plantea es si el empleo de esos calificativos determina sin más y para siempre el uso y destino de cada entidad durante toda su subsistencia o, por el contrario, tan solo identifican el bien a los efectos de su realidad física y práctica.

Hay quienes defienden que el destino previsto en la escritura de división **horizontal** no puede cambiarse por el propietario, al menos sin la autorización unánime de la Comunidad de Propietarios.

Pues bien, se puede dar la circunstancia de que se haya efectuado una determinada identificación registral del bien, pero ello de por sí no tiene por qué ser limitativo, prohibitivo o excluyente.

Siempre y cuando no existan previstas en los estatutos prohibiciones de uso o limitaciones al destino, el propietario del inmueble puede alterar el destino del mismo siempre que reúna las siguientes condiciones:

- 1º) Que la modificación no menoscabe o altere la seguridad del edificio.
- 2º) Que tampoco se menoscabe o altere la estructura general del edificio, su configuración, o estado exteriores ya que se precisaría para ello el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios.
- 3º) Que no perjudique los derechos de otro propietario, lo que no se produciría si las reformas o modificaciones se limitan y circunscriben al interior del local o departamento.

La doctrina que se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo se puede sintetizar manifestando que la mera y simple descripción que se hace en la escritura de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de **propiedad horizontal** (carente de estatutos), no puede en modo alguno ser entendida como expresión del destino único de los mismos, ni mucho menos como prohibición de que los adquirentes de dichos locales, actuales propietarios de ellos (en cuanto se trata de elementos privativos, sin ninguna adscripción al servicio comunitario del edificio), puedan dedicarlos a otras actividades comerciales diferentes de las meramente insinuadas.

Además, al carecer de estatutos en los que se estableciera la expresa prohibición, la realización del cambio de destino podían verificarla los propietarios de los locales por su propia y exclusiva decisión, en cuanto perteneciente al estricto ámbito de sus facultades dominicales. Ello no implicaría alteración alguno del título constitutivo ni, por tanto, requiere el consentimiento, no ya unánime, sino ni siquiera mayoritario, de los demás componentes de la Comunidad de Propietarios, y sin que, por otra parte, el acuerdo prohibitivo del referido cambio, adoptado en Junta, pueda ser vinculante para la entidad propietaria, la cual no necesita autorización alguna para dicho cambio, por pertenecer el mismo, al estricto ámbito de sus facultades dominicales, siempre que con ello no se incida en alguna de las actividades prohibidas *ex lege* : "inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres".

Las anteriores líneas jurisprudenciales son acogidas con detalle en la SAP de Barcelona de 7 de junio de 1999 .

Vuelve a ponerse de manifiesto la conveniencia de detallar en los estatutos con precisión del destino de cada departamento del inmueble.

Ahora bien, las obras de modificación de la fachada son siempre objeto de polémica, y por ello es preciso considerar una serie de parámetros que deben de conjugarse y aplicarse para obtener una resolución justa y adecuada al caso concreto.

Existe una línea tendente a evitar agravios comparativos, que sean fruto de injustos resultados y aplicaciones automáticas de la **Ley**, desconectadas de la letra y del espíritu de los arts. 3.1 del Código Civil y 7 del mismo texto legal , y que declara que la configuración o estado exterior no tienen el carácter de un concepto absoluto, sino de contornos flexibles y variables en función de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo estarse a su importancia o trascendencia, así como a la situación o estado exterior de cada inmueble, evitando desigualdades de trato entre los copropietarios.

A la hora de interpretar las cláusulas estatutarias que autorizan la realización de determinadas obras por titulares de determinadas viviendas o locales, debe de tenerse muy presente que la autorización estatutaria para realizar obras en elementos privativos que afecten a elementos comunes debe de estar presidida por diáfanos criterios de actuación, pues es muy frecuente que las cláusulas estatutarias no estén redactadas con la debida claridad o se confeccionen con un criterio favorable a los locales de negocio para permitir su más fácil enajenación por el promotor. Por ello, deben de tomarse en consideración parámetros esenciales:

. Es reiterada la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SS 7 febrero 1989 , 5 marzo 1990 , 31 mayo 1996 , 20 febrero 1997 ), según la cual las limitaciones estatutarias a los derechos de **propiedad** individual han de ser objeto de interpretación restrictiva.

. El criterio de interpretación de las cláusulas dudosas de los estatutos debe de ser restrictivo, y por ello solo debe de amparar la exoneración de los expresos y concretos gastos contemplados en la cláusula estatutaria y para el gasto expresamente indicado.

El carácter restrictivo con que deben interpretarse estas autorizaciones estatutarias, aun pensadas para favorecer la explotación de los locales comerciales, supone que no pueden, en ningún caso extralimitarse respecto de lo autorizado, y que no pueden afectar a la estructura global de la finca o a su seguridad.

Por otra parte, sobre el consentimiento tácito de la Comunidad. Ejercicio tardío del Derecho. Retraso desleal.

Es esta una de las cuestiones más conflictivas y problemáticas en el ámbito de las obras comunitarias, pues en muchos supuestos en los que se solicita por la comunidad la retirada de algún elemento colocado por un comunero, y en especial: rótulos carteles, tejados, ocupación de elementos comunes (patios, portales bajos de escaleras), se invoca que concurre un consentimiento tácito de la comunidad. Nos referimos tanto a los supuestos de aceptación por la Comunidad de situaciones de hecho que implican un uso continuado y público de elementos comunes ( SAP Palencia 28 enero 1999 , Guadalajara de 8 marzo 2002 y STS de

28 de abril 1992 ) sin reacción más o menos mediata, como a los supuestos, de ordinario concurrentes con aquellos, de aquiescencia tácita de modificaciones del Título Constitutivo análogos a los que se litigan ( STS 31 octubre 1990 y de 5 de marzo 1998 ).

Por ello, se debe de considerar, como punto de partida, que la comunidad que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo, está vulnerando, tanto el deber de actuar conforme a los actos propios, como el retraso desleal y las normas éticas que deben informar el ejercicio de los derechos, lo que determinan que el ejercicio del derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el art. 7.1 del Código Civil .

Por consentimiento tácito, podemos entender que concurre de la comunidad en relación con las obras indebidas cuando, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, la comunidad adopta una determinada conducta que, al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna, lo que en definitiva constituyen hechos concluyentes (" *facta concludentia* ") y como tales inequívocos que, sin ser medio directo del interno sentir, lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia ( SSTS 22 diciembre de 1992 y 31 de diciembre de 1994 ).

Sobre el tiempo necesario para aplicar la doctrina del consentimiento tácito, es claro que no existe un concreto periodo de tiempo desde el que pueda considerarse que la obra ha devenido lícita por concurrir un consentimiento tácito de la comunidad, pues dependerá de si la cuestión se trató en distintas juntas, de si hubo comunicaciones de la comunidad al comunero, de si hubo requerimiento previo, o si solo se dejó pasar el tiempo sin actividad alguna en orden a poner de manifiesto al comunero lo indebido de la obra realizada y su falta de amparo conforme al art. 7 LPH .

Sobre las obras por cambio de destino originario, la cuestión planteada es de especial complejidad, requiriendo un estudio detallado y sometido a las peculiaridades de cada caso concreto, como criterio general y punto de partida podemos afirmar que sino concurre prohibición expresa en el Título, el cambio de destino será posible siempre que en el Título no conste o se desprenda de forma clara esta prohibición, pues el derecho individual dominical se impone, pero siempre y cuando no tenga por ello el propietario que pedir modificación de los elementos comunes, y que no haga obras que alteren elementos generales del inmueble, o que atenten contra la seguridad, estructura, etc., como prohíbe el art. 12 LPH .

La necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recientes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la LPH como **propiedad** separada, arts. 1 y 3 ), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de **propiedad**, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, y por ello, tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que este sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda **propiedad** o los específicos de la **propiedad horizontal** (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad, art. 7, " *in fine* ", de la **Ley de Propiedad Horizontal** .

Dicho lo que antecede, como criterios de actuación en materia de cambio de destino de local a vivienda, después de analizar distinta jurisprudencia SSTS 24 julio 1992 , 21 diciembre 1993 , 31 de mayo 1996, 25 octubre 1996 , 5 marzo 1998 , 30 mayo 2001 , pueden fijarse las siguientes pautas:

- . Que el principio general es la libertad de actividad, con excepción de prohibiciones concretas en los Estatutos.
- . Que cuando exista limitación en el título, la interpretación debe ser siempre restrictiva, precisamente por ser una excepción a la regla de plena disposición de la **propiedad**.
- . Que la concesión o rechazo de licencia por la autoridad administrativa no vincula a la Comunidad de Propietarios.
- . Que destinar el piso o local a una actividad no le permite obras que afecten a los servicios o elementos comunes. Y

. Que la Junta de Propietarios siempre tenderá la posibilidad de prohibir el uso si se dan las circunstancias antes expuestas y que contiene el art. 7.2 LPH .

Y, sobre el consentimiento tácito a las obras realizadas unilateralmente, la STS de 16-7-2009 , y sobre el tiempo transcurrido las sentencias de esta Sala de julio 26-10-2006 por la cual: "Como se recoge en la sentencia, existe una doctrina jurisprudencial en el ámbito que nos ocupa que, en aras a un principio de equidad, mantiene que no puede aplicarse a un comunero un criterio distinto del seguido con otros, ni una desigualdad injustificada de trato entre los distintos comuneros (en este sentido sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de junio de 1996 , 19 de abril de 1997 y 7 de febrero de 2000 ); y que en la STS de 5 de marzo de 1998 se dice que contravendría el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española . Asimismo, como antes se ha reseñado, en esta litis subyace un problema de "relaciones de vecindad", calificadas por la doctrina como límites definidores del contenido normal del derecho a la **propiedad**, derivados de la circunstancia de contigüidad o cercanía de los fundos o **propiedades** y caracterizadas por sus notas de generalidad, igualdad y reciprocidad. La STS de 20 de marzo de 1989 señala que los principios que rigen las relaciones de vecindad "se desenvuelven entre la prohibición del acto emulador (esencialmente perjudicial a terceros, sin beneficio para el propietario) y el derecho al uso inocuo (que representa un beneficio para el propietario que en nada perjudica al propietario", con lo cual, señala que debe atenderse a la doctrina del abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil . Como indica, entre otras, la STS de 27 de abril de 1994 , el abuso del derecho viene determinado por la circunstancia subjetiva de la ausencia de finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio de un derecho, requiriendo una intención dañosa en la conducta de quien actúa, y pudiendo acudirse a dicha regulación solo en casos patentes en que no resulta provechoso para quien alega el abuso.

Como ya se hizo constar en la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1997, el Tribunal Supremo al examinar supuestos análogos y a la luz de la doctrina de los actos propios y de lo establecido en el artículo 7 del Código Civil en relación con el ejercicio de derechos conforme a las normas de la buena fe y a la proscripción del abuso del derecho, ha declarado que el transcurso pacífico de un dilatado período de tiempo, "debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, las del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe" ( STS de 21 de mayo de 1982 , 16 de octubre de 1992 , y 13 de julio de 1995 ), suponiendo una voluntad tácita de los comuneros a tal modificación.

En cuanto a la doctrina sobre abuso de derecho o ejercicio de derechos conforme a la buena fe, alegada por la representación del recurrente en el escrito de interposición del recurso y aludida en sentencias de esta Sección de 6 de septiembre de 1996 , 3 de diciembre de 1997, y en la sentencia del rollo 108/00 de esta Sala. En la última de dichas resoluciones se dice que "el Tribunal Supremo al examinar supuestos análogos y a la luz de la doctrina de los actos propios y de lo establecido en el artículo 7 del Código Civil en relación con el ejercicio de derechos conforme a las normas de la buena fe y a la proscripción del abuso del derecho, ha declarado que el transcurso pacífico de un dilatado período de tiempo, "debe producir el efecto de tener por renunciado el derecho impugnatorio, pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, las del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe" ( STS de 21 de mayo de 1982 , 16 de octubre de 1992 , y 13 de julio de 1995 ), suponiendo una voluntad tácita de los comuneros a tal modificación".

En parecido sentido, las STS de 3 de octubre de 1998 , 23 de julio de 2004 , y 19 de diciembre de 2005 , en la cual se recoge "La realidad del tiempo transcurrido, dieciocho años, sin objeción alguna de la existencia del sótano permite traer a colación determinada doctrina de la Sala en torno a la exigencia por la **Ley de Propiedad Horizontal** del acuerdo unánime de todos los copropietarios para modificar o alterar los elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, pero admitiendo la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, doctrina la expresada que se encuentra recogida, entre otras, en las sentencias de 28 de abril de 1986 , y 28 de abril 16 de octubre de 1992 , y tiene su explicación en que, en razonamiento de la sentencia de 16 de octubre de 1992 , el transcurso pacífico de tan largo periodo de tiempo, veinte años, sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, y, asimismo, la doctrina expuesta tiene acogida en la sentencia de 21 de mayo de 1982 , de aplicación al caso que tratamos aunque el supuesto fáctico se refiere a una reclamación de cantidad, en cuanto señala "que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan

tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el art. 7.1 del Código Civil"; y respecto de la consolidación de derechos por ambas partes copropietarias.

»Tercero.- Analizado detenidamente el material probatorio desplegado, en relación con la jurisprudencia antes reseñada respecto de los cambios de uso y modificación de elementos comunes, este Tribunal hace propias, por acertadas, las consideraciones y las conclusiones desestimatorias a que llega el Juzgador " a quo " en la resolución impugnada por ambas partes litigantes, en tanto lo relevante en este caso es el aprovechamiento urbanístico, y en cuanto a que, agotado este por la actuación de los demandados-reconvinientes al transformar su local destinado a garaje o cochera (planta baja, parte izquierda desde CALLE000 ), se hace expresa reserva de acciones a la actora-reconvenida para ser resarcida en su cuota del 50%, con más por los daños y perjuicios irrogados, según sendas cuotas de copropiedad al 50%, y según escritura pública de 18 de diciembre- 1987. Cierta es la alteración de las fachadas principal y posterior por parte de los demandados, y la modificación de puerta y ventana (f. 42 a 44), pero la actual configuración es consecuencia directa e inherente al cambio de uso, con licencia municipal (f. 48 a 53), a residencial, que no consta prohibida en la escritura de fecha 18.12.87.

Se insiste en que PGOU de Palma permite actualmente tres viviendas por lo que, habiendo dos iniciales, solo puede ubicarse una tercera que, ejecutada por los demandados, obliga a la actora a mantener el uso del local como garaje, y los demandados han agotado urbanísticamente el aprovechamiento actual, debiendo indemnizar a la actora (f. 56 a 58 de autos).

Los copropietarios no han constituido los órganos de gobierno ni celebrado Juntas de Propietarios alguna, salvo la constitución de la finca en régimen de **Propiedad Horizontal** a 18-12-87 (f. 36 a 39 de autos), y las cocheras como destino de los locales y descripción de las cuatro partes determinadas y sus cuotas (25 % cada una), pero sin desarrollar el título constitutivo con posterioridad, siquiera estatutariamente.

Por demás, ambos litigantes han realizado obras sobre elementos comunes, a modo de tolerancia y de actos propios, incluso en sendos locales, desde 1971 a 21-3-74 (f. 128 a 131). La actora como es de ver en f. 140 a 141 y 146 a 149, con fotografías y planos hasta f. 155, si bien la mayoría data de más de 20 años (f. 170 a 174) y peritaje Sra. Ángeles y en su local (sala, aseo, cocina, lavadero y trastero), y los demandados según ya se ha reseñado; con permisos tácitos y recíprocos (testifical don. Raimundo ).

En tal sentido, en modo alguno la resolución recurrida peca de incongruente al resolverse todas las cuestiones y pretensiones deducidas por las partes, a tenor de los respectivos suplicos.

Y ello hasta 13-mayo-04 en que Sres. Raimundo y Adela suscribieron en documento privado, aprobando las obras realizadas hasta tal fecha, y definiendo usos (f. 164-165); por lo que Sr. Raimundo debiera haber advertido a los compradores que el aprovechamiento era al 50% para cada parte; y el cambio de uso y reforma ha sido aprovechado exclusivamente por los demandados, con Proyecto legalizado, aunque la autorización o licencia se concede sin perjuicio de los derechos de terceros. A tal efecto, lo relevante es la confiscación a una de las partes del derecho a desarrollo urbanístico, que constituiría el objeto de un ulterior proceso que, como ya se ha indicado, se hace expresa reserva de acciones.

»Cuarto.- La desestimación de los recursos de apelación obliga a imponer a cada parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en una estricta aplicación de los principios, objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil .»

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Adela , se formulan los siguientes motivos de casación:

El primer motivo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del artículo 12 de la **Ley** de **Propiedad Horizontal** . La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo. Existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en cuestiones y puntos que son la ratio decidendi de lla sentencia recurrida.»

Cita, entre otras, las sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 2006 y 20 de septiembre de 2007 . Razona la parte recurrente que, conforme a la jurisprudencia citada, el cambio de destino de un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal** no está prohibido, salvo que lo disponga el título constitutivo, sin embargo cualquier alteración de los elementos comunes debe ser autorizada de forma unánime, por lo que

en el caso que se examina, al no existir esa autorización se debe declarar la ilegalidad de las obras y ordenar su consiguiente demolición.

El motivo segundo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 17.1 en relación con el artículo 7 de la **Ley de Propiedad Horizontal** .»

La parte recurrente, tras citar entre otras, la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2008 , expone que la sentencia recurrida, pese a hacerse eco de la jurisprudencia conforme a la cual la realización de obras que afectan a elementos comunes precisan el consentimiento unánime de los copropietarios, concluye en el caso que se examina, que las obras realizadas son válidas debido a que son necesarias para adaptar el nuevo destino del local a su uso como vivienda. El motivo tercero del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«La referencia indirecta como legitimación de las obras a la existencia de autorización administrativa lesiona frontalmente sobre la doctrina del Tribunal Supremo al interpretar y considerar la normativa civil: artículos 7 , 12 y 17 de la **Ley de Propiedad Horizontal** como imperativa frente a disposiciones reglamentarias sobre permisos de obras.»

Valora el recurrente que la licencia municipal para la realización de las obras objeto del litigio, no puede justificar la validez de las obras realizadas por los demandados, al no haber conseguido el consentimiento unánime de los copropietarios. Cita como fundamento del interés casacional las sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2007 y 20 de septiembre de 2007 .

Termina solicitando de la Sala «Que previa su admisión y traslado a la parte contraria, dicte sentencia por la que estimando los motivos casacionales invocados por esta parte case y anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se estimen parcialmente las pretensiones del escrito de demanda:

»- En cuanto a la pretensión primera se estimará la declaración de ilicitud de las obras de alteración de la fachada principal al no tener la conformidad unánime de los comuneros y ello implica una vulneración del Título Constitutivo.

»- En cuanto a la pretensión segunda se estimará (a excepción de las referencias a la fachada posterior, desistida en apelación).

»- En cuanto a la pretensión tercera se estimará.

»- En cuanto a la pretensión cuarta no habrá pronunciamiento por cuanto será objeto de juicio posterior conforme el razonamiento de la Sala de AP.

»- En cuanto a la quinta pretensión de condena.- Se estima en lo referente a la fachada principal exterior.

»No habrá pronunciamiento en costas en ninguna de las instancias.»

**SEXTO.-** Por auto de 6 de septiembre de 2011 se acordó admitir el recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de D. Juan Luis y D.<sup>a</sup> Felicidad se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo.

1. La parte recurrente se limita a reiterar sus argumentos del escrito de demanda, ya que no existe prohibición legal que impida un cambio de destino.

2. La alteración de la fachada es consecuencia necesaria del cambio de destino.

3. La parte actora ha realizado un serie de modificaciones que sí han alterado parte del edificio, por lo que en virtud de la teoría de los actos propios y para no producir una desigualdad entre comuneros se deben mantener las obras realizadas cuya demolición pretende el recurrente.

Al segundo motivo

1. No existe la pretendida oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. El cambio de uso llevado a cabo viene amparado por el título constitutivo.

Al tercer motivo

1. La conclusión que alcanza la recurrente en nada tiene que ver con la tesis recogida en la sentencia que se recurre.

2. En atención a la teoría de los actos propios no puede exigir la parte recurrente que se obtenga la unanimidad para la validez de las obras realizadas por la parte recurrida cuando ella misma ha modificado a su antojo los elementos comunes tal y como le ha convenido.

Termina solicitando de la Sala «Que admita a trámite este escrito, tenga por contestado el recurso de casación interpuesto de adverso en tiempo y forma oponiéndome a las peticiones contenidas en el cuerpo del mismo en nombre de mis mandantes, don Juan Luis y doña Felicidad , contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2010 [27 de septiembre de 2010] dictada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.ª) en el rollo 243/2010 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 942/2007, del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, sirviéndose desestimar el recurso interpuesto contra la misma, con imposición de las costas causadas.»

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 4 de junio de 2013, en que tuvo lugar.

**NOVENO.-** En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil

CE, Constitución Española.

LEC, **Ley** 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPH, **Ley** de **Propiedad Horizontal**

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Resumen de antecedentes.

1.- La parte actora, ahora recurrente, formuló demanda de juicio ordinario por la que solicitaba se declarara la ilegalidad en el cambio de uso llevado a cabo por los demandados en un local situado en un edificio sometido al régimen de **propiedad horizontal** y las obras realizadas en el mismo por afectar a elementos comunes, sin que en ninguno de los dos casos se hubiera contado con el consentimiento unánime de los copropietarios. La parte demandada se opuso y formuló demanda reconvenicional instando la declaración de ilegalidad de determinadas obras llevadas a cabo por la parte actora y la ilicitud de la apropiación efectuada en un patio de luces existente en el edificio.

2.- El juez de primera instancia desestimó la demanda principal y la demanda reconvenicional.

3.- Consideró, en síntesis, que el cambio de uso del inmueble no estaba prohibido por el título constitutivo y por lo tanto no era necesario el consentimiento de los copropietarios para llevar a cabo tal modificación. Añadió que dado que las alteraciones llevadas a cabo en los elementos comunes del edificio son la consecuencia directa y necesaria de ese cambio, no podía declararse su ilegalidad. En cuanto a la demanda reconvenicional, indicó la sentencia que las obras denunciadas habían sido realizadas en torno al año 1974, por lo que no era posible, a la vista del tiempo transcurrido, acoger la pretensión de la demandada-reconveniente. Finalmente razonó sobre las posibilidades del aprovechamiento urbanístico del edificio y las consecuencias que ello tendría en el derecho de actora y demandados, puesto que transformado el local de los demandados a vivienda, ninguna otra transformación similar era permitida por la normativa urbanística.

4.- La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación que formalizaron tanto la parte actora como la parte demandada y ratificó, en esencia, los argumentos expuestos por el juez de primera instancia.

Frente a tal decisión, la parte actora ha formalizado recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil que se estructura en tres motivos.

**SEGUNDO.-** *Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación.*

Los tres motivos del recurso de casación están íntimamente ligados, por lo que se va a realizar un examen conjunto

El primer motivo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del artículo 12 de la **Ley de Propiedad Horizontal** . La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo. Existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en cuestiones y puntos que son la ratio decidendi de la sentencia recurrida.»

Cita, entre otras, las sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 2006 y 20 de septiembre de 2007 . Razona la parte recurrente que, conforme a la jurisprudencia citada, el cambio de destino de un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal** no está prohibido, salvo que lo disponga el título constitutivo, sin embargo cualquier alteración de los elementos comunes debe ser autorizada de forma unánime, por lo que en el caso que se examina, al no existir esa autorización se debe declarar la ilegalidad de las obras y ordenar su consiguiente demolición.

El motivo segundo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 17.1 en relación con el artículo 7 de la **Ley de Propiedad Horizontal** .»

La parte recurrente, tras citar entre otras, la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2008 , expone que la sentencia recurrida, pese a hacerse eco de la jurisprudencia conforme a la cual la realización de obras que afectan a elementos comunes precisan el consentimiento unánime de los copropietarios, concluye en el caso que se examina, que las obras realizadas son válidas debido a que son necesarias para adaptar el nuevo destino del local a su uso como vivienda. El motivo tercero del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«La referencia indirecta como legitimación de las obras a la existencia de autorización administrativa lesiona frontalmente sobre la doctrina del Tribunal Supremo al interpretar y considerar la normativa civil: artículos 7 , 12 y 17 de la **Ley de Propiedad Horizontal** como imperativa frente a disposiciones reglamentarias sobre permisos de obras.»

Valora el recurrente que la licencia municipal para la realización de las obras objeto del litigio, no puede justificar la validez de las obras realizadas por los demandados, al no haber conseguido el consentimiento unánime de los copropietarios. Cita como fundamento del interés casacional las sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 2007 y 20 de septiembre de 2007 .

Los tres motivos deben ser estimados.

**TERCERO.- Cambio de uso de un inmueble. Alteración de elementos comunes. Doctrina jurisprudencial.**

A) Esta Sala ha declarado que existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal**. Efectivamente, como se razona en el recurso, la jurisprudencia ha señalado que en el ámbito de la **propiedad horizontal** los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la **propiedad** del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha **propiedad horizontal**, su título constitutivo o su regulación estatutaria. La sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2011 , declaró en su fallo «Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal** exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa.».

B) Por otro lado, la LPH ( artículos 7.1 y 12 LPH ) establece la prohibición de llevar a cabo cualquier obra que suponga una modificación o alteración de los elementos comunes si no se cuenta con la autorización de todos los copropietarios, sin que quepa duda de que la fachada goza del carácter de elemento común por naturaleza. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que la ejecución de obras en elementos comunes requieren del consentimiento unánime de la comunidad ( sentencia de 17 de febrero de 2010 [ RC 1958/2005 ], 15 de diciembre de 2008 [RC 245/2003 ] ). Más en concreto la citada sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2011 [RC 527/2008 ], examina un supuesto muy similar al ahora analizado, en el que se mantuvo la validez del cambio de destino del inmueble de local de negocio a vivienda acordando, sin embargo, la reposición de aquellas actuaciones que habían supuesto una alteración en los elementos comunes del edificio.

C) No se discute en el caso examinado que las obras realizadas han afectado a la fachada del edificio ni que no se ha contado con la unanimidad de los propietarios para su válida realización, por lo que el recurso de casación debe estimarse. Finalmente, como se declara en las sentencias citadas en el motivo tercero del recurso de casación, la obtención de una licencia administrativa para la realización de las obras, únicamente es útil a los efectos de verificar que su ejecución se ajustó a las prescripciones administrativas que se exigen por la ordenación urbanística, pero en nada exime del cumplimiento de las normas imperativas recogidas en la LPH, respecto a la necesaria concurrencia del consentimiento unánime de los copropietarios para que pueda otorgarse validez a las obras realizadas.

Estos argumentos conducen a la estimación del recurso de casación y a la estimación en parte de la demanda formulada, puesto que se debe declarar la validez del cambio de uso llevado a cabo por la parte demandada y la ilegalidad de las obras realizadas que afectan a elementos comunes del edificio.

#### **CUARTO** .- *Estimación del recurso de casación.*

Como consecuencia de lo razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil, debe casarse la resolución recurrida en el tema concreto relativo a la cuestión de interés casacional, resolviendo sobre el caso y declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la contradicción jurisprudencial. En definitiva, se estima en parte la demanda y pese a la posibilidad que tienen los copropietarios demandados de alterar el uso del inmueble, se declara que las obras realizadas en la fachada del edificio exigen para su validez el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que el otorgamiento de la licencia municipal pueda por sí sola legitimarlas, y se condena a los copropietarios a estar y pasar por tales declaraciones y a que se lleve a cabo la demolición de las obras que han afectado a la fachada principal y posterior del local litigioso y se ordena la restitución al estado anterior de las alteraciones en elementos comunes, en los términos previstos en el suplico de la demanda. Igualmente se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal** exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa y que la realización de obras que afecten a elementos comunes exigen para su validez, en general, el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que la obtención de una licencia administrativa de ejecución de obra pueda eximir del cumplimiento de tal exigencia normativa.

#### **QUINTO** .- *Costas*

De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil, al estimarse en parte la demanda y estimarse el recurso de casación no se imponen las costas causadas en primera instancia, en apelación ni las causadas en el recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. <sup>a</sup> Adela contra la sentencia dictada por la Sección 5. <sup>a</sup> de la Audiencia Provincial Palma de Mallorca, en fecha 26 de septiembre de 2010, en el rollo de apelación n. <sup>o</sup> 243/2010 cuyo fallo dice literalmente:

«Fallamos.

»1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> María Llasera Jiménez, en representación de D.<sup>a</sup> Felicidad y D. Juan Luis; y asimismo desestimar el interpuesto por el procurador de los tribunales D. Onofre Perelló Alorda, en representación de D.<sup>a</sup> Adela; ambos contra la sentencia de fecha 4- septiembre-2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de esta Capital, en los autos de juicio ordinario n.º 942/2007, de que dimana el presente rollo de Sala; y en su virtud,

»2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

»3º) Se imponen a cada parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada, y derivadas de su propio recurso.»

2. Casamos en parte la mencionada sentencia y en su lugar declaramos que las obras que afectan a la fachada del edificio exigen para su validez el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que el otorgamiento de la licencia municipal pueda por sí sola legitimarlas, condenamos a los copropietarios demandados a estar y pasar por tales declaraciones, a que se lleve a cabo la demolición de las obras que han afectado a la fachada principal y posterior del local litigioso y se ordena su restitución al estado anterior de las



alteraciones en elementos comunes, en los términos previstos en el suplico de la demanda, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada.

3. Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la **propiedad horizontal** exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa y que la realización de obras que afecten a elementos comunes exigen para su validez, en general, el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que la obtención de una licencia administrativa de ejecución de obra pueda eximir del cumplimiento de tal exigencia normativa.

4. No ha lugar a imponer las costas causadas en primera instancia, apelación ni en el recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.Francisco Marin Castan..Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas..Francisco Javier Orduña Moreno. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ